صَلاحية ولُزوم حُكم التَّحْكيم في الفقه الإسلامي

د. لؤي عزمي الغزاوي
أستاذ الفقه الإسلامي والقانون الدولي المساعد
جامعة الخليل– فلسطين

مدخل:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسول الله وبعـــد:

لم يكن العرب قبل الإسلام يعرفون سلطة قضائية، وإذا حصل نزاع بين الأفراد أو بين القبائل لجئوا إلى التحكيم. قال اليعقوبي: "كان للعرب حكام ترجع إليها في أمورها وتتحاكم في مناظراتها ومواريثها ومياهها ودمائها لأنه لم يكن دين يرجع إلى شرائعه فكانوا يحكمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة".(١)

وقد كان هذا التحكيم اختياريًا، كما أن تنفيذ القرار التحكيمي لم يكن إلزاميًا، بل كان يعتمد بشكل أساس على سلطة المحكَّم. وكانت الإجراءات التحكيمية سهلة وبدائية، أساسها أن عبء الإثبات يقع على المدّعي. وكان المحكوم عليه عند العرب يخضع وينفذ حكم التحكيم تحت سلطة التأثير الأدبي، أو العرف، أو سلطان الرأي العام، أو يخشى عاقبة الاقتتال.

أما الشريعة الإسلامية فقد أجازت اللجوء إلى التحكيم، ليس فقط في المنازعات المالية والتجارية، وإنما أيضًا في الخلافات العائلية، وحتى في النزاع على السلطة، كما حصل بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان وذلك انطلاقا من حديث النبي

---

(١) جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ط٢، ١٩٨٠، ج ٥/ص ٦٥.





صلى الله عليه وسلم "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق". (٢)

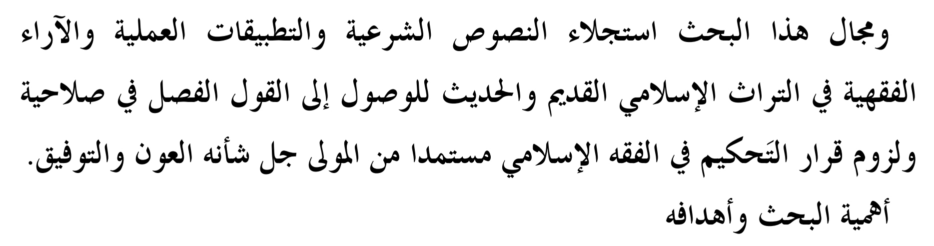
وقد غدا للتحكيم اليوم أهمية قصوى وبالأخص في نطاق التجارة الدولية، حيث أصبح أهم وسيلة تلجأ إليها الشركات والمؤسسات المالية لحسم خلافاتها التي تتعلق بتفسير العقد أو تنفيذه، وذلك بسبب التكاليف الباهظة للمحاكم، وبطء قراراتها وإجراءاتها، إضافة إلى جهل أحد الطرفين بتفاصيل النظام القضائي لتلك الدولة التي تتبعها الشركة، أو عدم الثقة به، ناهيك عن أن التحكيم يستند أساسا إلى إرادة الطرفين اللذين يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم ممن يتصفون بالحياد والاستقلال ومعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه والقواعد الواجبة التطبيق، مما يؤدي إلى ثقة الطرفين بأن نزاعهما ستتم تسويته بشكل عادي وقانوني وطوعي، وهذا يجعل العلاقة بينهما مستمرة دون ضغينة أو قطيعة.(٣)

لكن الجدال الفقهي بين المذاهب الإسلامية كان يدور أساسًا حول صَلاحية ولزوم حُكم التحكيم في الفقه الإسلامي ومدى نفاذه، فاختلفت الآراء الفقهية إلى مناحٍ شتى، فمنهم من رآى الإلزام بمجرد العقد، ومنهم من رآه بعد الشروع في إجراءات التحكيم، والبعض مال إلى أن في الأمر سعة حتى يصدر المُحَكَّم قراره في المسألة ذات النزاع، مع الإشارة إلى أنه قد يوجد من العلماء في كل مذهب من يخالف رأي مذهبه. فكلما اتجهنا إلى ناحية الأمام، أعني ناحية إصدار الحكم، وجدنا الفقهاء يكثرون في إقرار اللزوم؛ وكلما اتجهنا إلى الوراء، أعني إلى ناحية بداية الاتفاق، وقبل الشروع في التحكيم، وجدنا الفقهاء الذين يذهبون إلى اللزوم يقلّون.

---

(٢) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد هاشم البرهاني، دولة الإمارات: وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، ١٤٠١، حديث رقم ٢٧٣، ص ١٢٢.

(٣) علي محيي الدين القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي وكيفية التحكيم في البنوك الإسلامية، (العقبات والاقتراحات)، بحث في كتابه بحوث ي فقه البنوك الإسلامية، دراسة فقهية اقتصادية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٦٧.



ومجال هذا البحث استجلاء النصوص الشرعية والتطبيقات العملية والآراء الفقهية في التراث الإسلامي القديم والحديث للوصول إلى القول الفصل في صلاحية ولزوم قرار التَحكيم في الفقه الإسلامي مستمدا من المولى جل شأنه العون والتوفيق.

أهمية البحث وأهدافه

تبرز أهمية مسألة صلاح ولزوم قرار التحكيم في الفقه الإسلامي فيما يلي:

- التَحكيم بشكل عام مُعين لمرفق القضاء بالتخفيف عنه، مما يجعل القضاة –في أي دولة– أكثر تهيؤاً للفصل في المنازعات التي ترد عليهم والذي بدوره يخفف من نفقات الدولة على القضاء خاصة إذا ترجح القول بلزوم القرار التحكيمي.
- في قرار التَحكيم فسحة للمترافعين بالتحاكم إلى شخص يرضونه ويطمئنون له مما يشكل فرصة لإزالة الضغائن والصلح بين المتخاصمين، وهذا –مما لا شك فيه– من المقاصد المعتبرة في الشريعة.
- ويكتسب موضوع التحكيم ولزومه أهمية إضافية كونه يُلجأ إليه لسهولة وسرعة إجراءاته –لتفرغ المحكَّم للقضية التي ينظرها– ومرونته وسريته وقلة تكاليفه مقارنة بتكاليف وأجرة المحامين، كما أن فيه توسعة على من لا يرغب بحضور مجالس القضاء –والتي تتصف غالبا بالروتينية–.
- عقد التحكيم من المفاهيم الفقهية القديمة والقانونية المعاصرة، وبحثه بالطريقة الفقهية المقارنة، يُبرز مزايا الفقه وجوانب سعته ومرونته وقدرته على متطلبات العصر.
- تظهر ضرورة بحث لزوم حُكم التحكيم في الفقه الإسلامي من جهة كثرة تعرّض الناس في حياتهم العملية له، فهم يتساءلون عن كثير من جوانب حُكم الشرع في هذه المسألة، وتقع من المحكّمين ومن الناس الذين يلجؤون إليهم أخطاء في الرؤية والتطبيق، والبحث هنا يقصد تصويب المسار.



• الموضوع هامّ بالنسبة لي، فهو يربطني بالفقه الإسلامي والقانون، وهو يقع في صلب تخصصي ومجال عملي، إضافة إلى أنني مارست مهنة التَحكيم في المجتمع الفلسطيني المحلي.

منهج البحث

اتبعت المنهج الوصفي أصالة مُفيداً من المنهجين الاستقرائي والاستنتاجي وذلك وفق الخطوات التالية:

١- الرجوع إلى أمّهات المصادر الأصيلة والمعتمدة في المذاهب الفقهية الأربعة.

٢- الرجوع إلى ما كتبه العلماء المعاصرون في موضوع صلاحية ولزوم حُكم التحكيم.

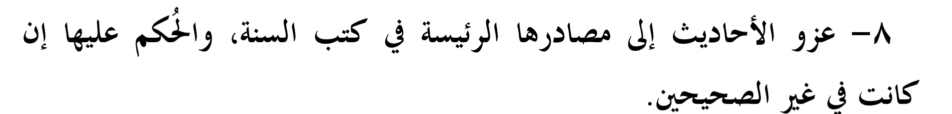
٣- دراسة ما تمّ جمعه بموضوعية وحيادية وفق مناهج البحث العلمي.

٤- الوقوف على آيات الله تعالى ودِلالاتها، وأحاديث المصطفى -صلى الله عليه وسلم- لبيان التأصيل الشرعي للمسائل والآراء مع التوثيق السليم لها، بالرجوع إلى كتب الفقه والتفسير والشرح لدِلالات الأحاديث للحصول على رؤية متكاملة في البحث من حيث المعاني والأحكام الشرعية والثروة الفقهية.

٥- الترجيح بين الآراء الفقهية تبعا لقوة الدليل، من غير تعصّب لمذهب معين، ولا لقول قائل معين، لأنني أنظر إلى ذات القول لا إلى قائله، لأن كل كلام فيه مقبول ومردود، إلا كلام المصطفى -صلى الله عليه وسلم-

٦- مقارنة الآراء الفقهية بما تم اختياره في مجلة الأحكام العدلية وقانون التحكيم الفلسطيني والعُرف التّحكيمي الفلسطيني من قِبَل خبراء مختصين في التحكيم الشرعي.

٧- توثيق الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية.



٨- عزو الأحاديث إلى مصادرها الرئيسة في كتب السنة، والحُكم عليها إن كانت في غير الصحيحين.

٩- الإفادة ما أمكن من شبكة المعلومات العالمية "الإنترنت".

معوقات البحث

البحث في مسألة صَلاحية ولزوم حُكم التّحكيم في الفقه الإسلامي يواجَه بصعوبة في بعض مسائله ترجع إلى أن كثيراً من المراجع المعتمدة لم تفصّل القول فيها، بل إن بعضها لم يذكرها أصلا في كتبهم التي وقفت عليها. وأكثر ما في تلك الكتب يدور حول مشروعية التحكيم، وبمَ يكون فيه التحكيم؛ وما الشروط التي يجب توافرها في المُحَكَّم؛ أما ما سوى هذه المسائل، فيغلب أنها قليلة الذكر في كتب المذاهب، حتى في الكتب المتخصصة في القضاء؛ ولعل أكثر المذاهب تعمقا في مسألة موضع الدراسة هو المذهب الحنفي، لأجل ذلك كثُر الرجوع إليه في البحث.

خطة البحث

ورغبة مني في استيفاء جميع عناصر الموضوع أولاً، وعدم الإطالة والبحث فيما هو خارج عن دائرته ثانياً، آثرت الدخول في صلب المسألة مباشرة دون اللجوء إلى المقدمات والتكرار والذي غالبا ما يحرف البحث عن مساره، فقد قسمت مباحثه على النحو التالي:-

المبحث الأول – تمهيد: التحكيم طريقٌ نحو العدالة المنشودة

المطلب الأول: تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً وقانوناً

المطلب الثاني: الفرق بين التحكيم والقضاء والصلح والخبرة

المبحث الثاني – عقد التَحكيم بين اللزوم والجواز

المطلب الأول: عقد التحكيم جائز غير ملزم حتى بعد صدور الحُكم

المطلب الثاني: عقد التحكيم غير ملزم إلى الشروع في الحُكم



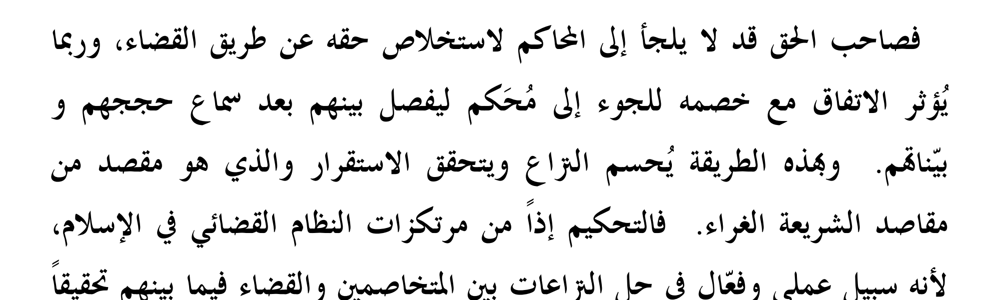
المطلب الثالث: عقد التَّحكيم لايكون مُلزما إلى أن يصدر الحُكم فحينئذ يصبح لازما
المطلب الرابع: عقد التَّحكيم يصبح لازما بمجرد انعقاده
المبحث الثالث– حُجية حُكم الحَكَم أمام القاضي
المبحث الرابع– لزوم الحُكم الصادر من مُحَكّمين أو أكثر
الخاتمة واشتملت على النتائج والتوصيات.

مؤملاً أن تكون هذه العناصر مسهمة في تقديم أرضية مناسبة للنقاش والحوار، ثم البناء عليها والاستفادة منها في الممارسة العملية للتحكيم.

وأرجو في طيات بحثي لهذا الموضوع أن يفتح الله علي مغاليق العلم، إنه سبحانه سميع قريب مجيب.

المبحث الأول
تمهيد
التحكيم طريقٌ نحو العدالة المنشودة

التَحكيم: أحد أهم الطرق البديلة لفض المنازعات **Alternative Dispute Resolution** أو الطرق المناسبة لفض الخصومات كما تسمى في الوقت الحاضر **Appropriate Dispute Resolution**، ويعبّر عنها أحيانا بـــ"فضّ المنازعات" **Dispute Resolution** ، وهي وسيلة عملية فعّالة لفض النزاع خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية، مستفيدةً من مزاياها في سرعة حسم النزاع والحفاظ على السرّية وخفض التكاليف المالية، إضافة إلى مرونتها من حيث سهولة إجراءاتها والقواعد المطبقة فيها. كما أنها أضحت اليوم الوسيلة الأنجع والأكثر ملائمة لجملة من المنازعات كما في منازعات التجارة الدولية والمنازعات الناشئة عن التجارة الالكترونية والملكية الفكرية في هذا العصر المتسم بالتقانة.



فصاحب الحق قد لا يلجأ إلى المحاكم لاستخلاص حقه عن طريق القضاء، وربما يُؤثر الاتفاق مع خصمه للجوء إلى مُحَكم ليفصل بينهم بعد سماع حججهم و بيّناتهم. وبهذه الطريقة يُحسم النزاع ويتحقق الاستقرار والذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الغراء. فالتحكيم إذاً من مرتكزات النظام القضائي في الإسلام، لأنه سبيل عملي وفعّال في حل النزاعات بين المتخاصمين والقضاء فيما بينهم تحقيقاً للعدالة والاستقرار.

أما العدالة، فهي أمرٌ لا يمكن أن يتخلّف في جوانب الإسلام التشريعية، تلك التي تسبق الإحسان في وجودها؛ ويرى الغائص في بحر الشريعة هذا الاتجاهَ ماثلا في معاني الشرع كلها، سواء منها ما كان يرتّب العلاقة بين المسلم والمسلم؛ وما كان منها يرتّب العلاقة بين المسلم وغيره، في ناحيتيها الدوْلية والفردية.

غير أن هذا العدل المبتغى، لا يمكن أن يتمّ نصابُه دون اعتبار مستويات ثلاثة من البناء الذي يندمج فيه التأسيس النفسي بالتشريع المبيّن لنظام العدالة، بالنظام الحافظ والراعي لمسالك العدالة. إن ثمة شيئا مفقودا في حلقة الخير والعدل، لا يكفي لإيجادها تأسيس النفس على حبّهما، ألا وهو التشريع المبيّن لمسالك العدل حتى يلتزمها الإنسان منصرفا عما يضادّها، مبتعدا عما ينقضها. ومن أهمّ ما بلغتْه التشريعات الربانية في هذا السبيل، الإلزام بالحكم بما أنزل الله سبحانه، ولقد قسم الله تعالى الولاية في هذا الحكم بين مستويات من البشر المؤهّلين لإنفاذها، تبدأ بالحُكم الإسلامي، المتمثّل بنظام الدولة الإسلامية، وتمرّ عبر النظام القضائي، وتأخذ لها حصّتها في الحسبة وولاية المظالم وغيرها.

ومع ذلك، فلقد فتح الشرع للناس من غير الهيئات الرسمية سبيلا إلى ممارسة العدالة، لها شبه بعمل الهيئات الرسمية، وهو ما يسمّيه الفقه الإسلامي: التحكيم، حيث يقوم فرد أو أفراد بمهمة الكشف عن جانب العدالة في بعض ما يختلف فيه



الناس، يُلزم بها الشرع أولاً بأحكامه، وثانيا بما جعله في يد أصحاب السلطان والقضاء من صلاحيات في إنفاذ ما وصل إليه هذا الفرد، أو هذه الهيئة المحكَّمة في سبيل العدالة؛ فالعدالة هي العنوان، والشرع يؤصّل لها، ويشرّع لأحكامها، ويؤسّس في النفس قَبولها، بعد أن أسّس فيها حبّها.(٤)

المطلب الأول

تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً وقانوناً

التحكيم عند اللغويين مصدر حَكَم يحكّم –بتشديد الكاف– أي جعله حَكَما، والحُكم –بضم الحاء– هو القضاء، وجاء هذا اللفظ أيضا في القرآن الكريم بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل وذلك في قوله تعالى: "وآتيناه الحُكم صبيا".(٥) وفي مفردات ألفاظ القرآن للراغب أن الحَكَم هو المتخصّص بالحكم بين الناس، وقال الراغب في سياق كلامه عند ذكره لقوله تعالى: "فابعثوا حَكَما من أهله وحَكما من أهلها"،(٦) "وإنما قال: حَكَما، ولم يقل: حاكما، تنبيها أن من شرط الحَكَمين أن يتوليا الحُكمَ عليهم ولهم حسَب ما يستصوبانه من غير مراجعة إليهم في تفصيل ذلك".(٧)

ويدور التعريف أيضا حول المنع، ومن ذلك: الحُكم، وهو المنع من الظلم؛ والحكمة سمّيت بهذا الاسم لأنها تمنع من الجهل، على تعبير ابن فارس، أو المنع

(٤) جواد محمود بحر النتشة، التحكيم بين الشرع والقانون والعرف، بحث غير منشور، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، كانون الأول، ٢٠٠٧.

(٥) سورة مريم، الآية ١٢.

(٦) سورة النساء، أية ٣٥.

(٧) الحسين بن محمد المشهور بالراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق رضوان عدنان داودي، دار القلم، دمشق، ١٩٩٢.ص ٢٤٩، الموسوعة الفقهية، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣، ج ١٠/ص ٢٣٤.

للإصلاح، على تعبير الراغب[٨] أي المنع لأجل الإصلاح؛ وقال ابن فارس: "وحُكِّمَ فلان في كذا، إذا جُعِل أمرُه إليه".[٩] ويشار أيضا إلى أن من معاني التحكيم: الدعوة إلى الفصل في الخصومة[١٠] – وهذا المعنى المراد في هذا البحث–، تقول: حاكمته إلى الحاكم أي دعوته إلى حكمه، وحاكمته إلى الله تعالى أي دعوته إلى حكمه سبحانه، ومن ذلك قول الله عز وجل "يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا".[١١][١٢] قال أبو بكر الرازي "حَكّمه في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحُكم فيه".[١٣] والحكم اسم من أسماء الله الحسنى، قال تعالى "أفغير الله ابتغي حكما"،[١٤] وهو من الأسماء المشتركة التي تطلق على الذات الإلهية وعلى العباد، ويعرف المراد بالقرينة.

والتحكيم في الاصطلاح: "تولية الخصمين حاكماً يحكُم بينهما"،[١٥] هذا ما وجدْتُه من التعاريف في كتب الحنفية دون من سواهم، وقريب من ذلك تعريف مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٧٩٠) فنصت: "التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين

---

(٨) أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، مكتبة الخانجي، مصر، ١٤٠٢، ج ٢/ص ٩١، ومفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني، ٢٤٨.

(٩) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٢/ص ٩١.

(١٠) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د.ت)، ج ٢/ص ٩٥٢(١٠)

(١١) سورة النساء، آية ٦٠. (١١)

(١٢) أنظر: محمود السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر ، عمان، ٢٠٠٧، ص: ٨–٩.

(١٣) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٩، ص ١٤٨.

(١٤) سورة الأنعام، آية ١١٤.

(١٥) علاء الدين بن محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، للشيخ محمد بن عبد الله الغزي التمرتاشي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٤٧٤، زين الدين بن نجيم الحنفي البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار المعرفة، بيروت، (د، ت)، ج ٧/ص ٢٤، محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، ردّ المحتار على الدر المختار، الشهير بحاشية ابن عابدين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ط٢، ١٩٦٦، ج ٥/ص ٤٢٨، وهذا هو التعريف الذي أخذت به الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٠/ص ٢٣٤.



حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما"،[١٦] فالفرق بين تعريف الحنفية والمجلة هو إضافة الرضا جزءا من التعريف لأن به تمام العقود وانعقادها.[١٧] ووجدْتُ عند المالكية ما يمكن أن يكون قريبا من التعريف، فقد قال ابن فرحون المالكي في التبصرة: "معناه أن الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا، وارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها"؛[١٨] وأرى أن ابن فرحون لم يلتمس المعنى الحدي للتعريف بقدر ما نقل حكاية لصورة التحكيم وقد مثل لذلك بالأموال وما عداها. وبالتالي يمكن القول أن كتب المذاهب لم تأت بجديد في شأن التعريف غير الذي مضى وإن كان مضمون كلامهم في معنى التحكيم يدور حول المعنى الذي ذكره المذهب الحنفي، فقد تحدّثوا عن تولية الخصمين حَكَما يحكم بينهما، مشترطين الرضا من قبل الخصمين بالحَكَم. ولعله يصلح ها هنا أن أنقل ما ذكره الشيخ أحمد الدردير في شرحه الكبير على متن خليل في فروع المالكية، لقد قال مضمِّنا في كلامه كلامَ خليل في متنه: "وجاز لمتداعيين تحكيم رجل غير خصمٍ من غير تولية قاضٍ له يُحكّمانه في النازلة بينهما"،[١٩] ولا يختلف هذا عما عند الشافعية

---

(١٦) مجلة الأحكام العدلية، أصدرتها الدولة العثمانية، وبدأ ظهورها عام ١٨٦٩م، وانتهت اللجنة المكلفة من إصدارها عام ١٨٧٦م، واعتمدها العثمانيون إلى عام ١٩٢٦م، حين استبدل بها قانون جديد مستمدّ من القانون السويسري. مادة رقم ١٧٩٠، أنظر: المجلة: مجلة الأحكام العدلية، فقه المعاملات في المذهب الحنفي، عناية بسام الجابي، دار ابن حزم، ٢٠٠٤، مادة ١٧٩٠، وانظر أيضا: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ج٣/ص٥٧٨، في مختارات من جامع الفقه الإسلامي، قرص مدمج، شركة حرف لتقنية المعلومات، القاهرة، ١٩٩٩. ويشار هنا إلى أن هذا التعريف فيه دور، والأصل وضع كلمة "شخصا" بدل كلمة "حاكما" حتى يكون التعريف جامعا مانعا.

(١٧) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٨، ج ١/ص ٣١٨.

(١٨) إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تخريج وتعليق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م، ج ١/ص ٥٠.

(١٩)أحمد الدردير، الشرح الكبير على متن خليل مع حاشية الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت) ، ج ٤/ص ١٣٥، ويُنظر في تفصيل هذا الكلام عند المالكية: شرح الزرقاني على متن خليل، مع حاشية الرهوني على الشرح، ج ٧/ص ٣٠٠-٣٠٢

والحنابلة.[٢٠]

لكن الشيخ الكبير القره داغي لم يرتض هذا الحد في التعريف المذكور، بل أضاف إليه صفة الإلزام حتى يكون التعريف جامعا مانعا في نظره، فعرف التحكيم: "اتفاق طرفي الخصومة على تولية من يفصل بينهما بحكم ملزم".[٢١]

أما فقهاء القانون فقد عرفوه بأنه "حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من القضاء المختص".[٢٢]

وعرفه د. أحمد أبو الوفا بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على مُحكَّم أو أكثر ليفصل فيه بحُكْم ملزم للخصوم".[٢٣] [٢٤]

---

(٢٠) ذكر الشافعية أثناء حديثهم عن التحكيم الخلاف الذي حصل داخل المذهب في بعض مسائله كما سيأتي إن شاء الله. ينظر: أبو إسحاق الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦م، ج ٥/ص ٤٧٣، يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٥م. ج ١١/ص ١٢٢، ومن كتب الحنابلة في الأمر ذاته: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني ، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤، ج ١٣/ص٥٤٠.

(٢١) القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٧٣.

(٢٢) عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ١٩١٨، ص ٨٣٠، وانظر أيضا، السرطاوي، التحكيم في الشريعة، ص ١٠.

(٢٣) أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط.٢، ١٩٧٤، ص، ١٥.

(٢٤) According to Nolo's Legal Form Center, Arbitration means "Anon-court procedure for resolving disputes using one or more neutral third parties called the arbitrator or arbitration panel. See, NOLO's Legal Form Center, www.nolo.com



وتعريف التحكيم كما في المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني هو "وسيلة لِفَضِّ نزاعٍ قائمٍ بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع التزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه"، ويظهر لي أن عناصر التعريف التي يتضمنها القانون بشكل عام هي ذاتها عناصر التعريف التي يتضمنها التعريف الاصطلاحي الفقهي الذي تقدّم بيانه، فالمقصود بالتعريفين جد متقارب، غير أن التعريف الفقهي أحكم منطقا وأدق تصورا، والتعريف القانوني أوضح تصويرا وتعبيرا.

المطلب الثاني

الفرق بين التحكيم والقضاء والصلح والخبرة

هناك بعض المصطلحات مثل القضاء والصلح والفتوى والخبرة لها شبه بالتحكيم من حيث البحث عن بيان حكم الله تعالى للمنازعات ومن حيث بعض الأحكام الأخرى. وقد آثرت بيان هذه الفروق بإيجاز شديد وذلك لأهميتها وارتباطها بموضوع البحث من حيث لزوم التحكيم وعدمه، إذ أن بعض الفقهاء –خاصة الذين لا يرون لزوم حكم التحكيم– خلصوا إلى قياس التحكيم بواحدة أو أكثر من هذه الألفاظ ذات الصلة والمشابهة.

فالقضاء في الاصطلاح هو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى.[٢٥] والتحكيم –كما مر سابقا– تولية الخصمين حاكماً يحكُم بينهما. فالتحكيم فرعٌ من فروع القضاء في الفقه الإسلامي،[٢٦] وهو من مرتكزات نظام القضاء في

---

(٢٥) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ج٦/ص ٢٦٨-٢٦٩، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، ج١٠/ص١٠٢.

(٢٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥/ص ٤٢٧، محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، عناية ابو محروس بن محروس، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٤/ص ١٩٤.

الإسلام.[٢٧] [٢٨]

فالقضاء له شبه بالتحكيم من الأوجه التالية:

١- كل من الحَكَم والقاضي يكتسب ولاية الحُكم ممن ولاه، باتفاق الطرفين المولِّي والمولَّى، ويتقيد كل من القاضي والحَكَم بما يقيده به من ولاه، من حيث زمان الولاية ومكانها، والمواضيع التي يحكُم فيها.

٢- كل من الحُكْم الصادر من الحَكَم والقاضي يعتبر حُكماً شرعياً متى استوفى أركانه وشرائطه.

٣- كلاهما يلزم بأحكامهما المتنازعان، فحُكم الحَكَم كحُكم القاضي في الإلزام.[٢٩]

٤- كلاهما لا يتصدى لمنازعات الناس دون رفع الأمر إليهما.[٣٠]

ومع ذلك توجد نقاط اختلاف جوهرية وعلى رأسها الجهة المولية لكل منهما ففي التحكيم تتم التولية من الخصوم للحَكَم، وهو يستمد سلطته منهم وسلطتهم خاصة على أنفسهم فقط. وفي القضاء تتم التولية من الإمام وهو صاحب سلطة عامة، والقضاء هو سلطة الدولة في الفصل في النزاعات وحماية الحقوق، فالقضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة وبذلك يختلف عن التحكيم الذي هو قضاء ثان أو ثانوي.[٣١]

---

(٢٧) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧ ص ٢٩١، وانظر: الموسوعة الفقهية، ج ١٠/ص ٢٣٥.

(٢٨) لذلك أخذ قرار التحكيم قوة قرار المحاكم القضائية الرسمية نفسها حسب القانون الفلسطيني المعمول به في أراضي السلطة الفلسطينية. أنظر: قانون التحكيم الفلسطيني، المادّة ٤٧، www.ar.jurispedia.org

(٢٩) القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٧٥.

(٣٠) زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، عميد المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٤هـ، ص ٢

(٣١) انظر: حسام الدين عمر بن عبد العزيز ، الشهير بابن مازه، شرح كتاب أدب القاضي للخصاف، تحقيق محيي هلال السرحان، ج ٤/ص ٥٩-٦٠.



وهذا يعني أن ولاية التحكيم أدنى من ولاية القضاء. وهذا الفرق ترتب عليه عدد من الفروق الأخرى:(٣٢)

أ- التحكيم لا بد فيه من رضا الخصمين بالمُحَكَّم، وليس القضاء كذلك، فإن القاضي مولى من قبل الحاكم ومنصوب للفصل بين المتنازعين متى احتكما إليه ولو من غير رضاهما به.(٣٣)

ب- الحَكَم يقتصر اختصاصه في الدعوى المحكَّم فيها فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه.(٣٤)

ت- حُكم الحَكَم قاصر على المحكوم عليه فقط ولو ثبت ببينة، أما حُكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه.

ث- التحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني. وبالتالي يجوز للحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم.

ج- لا يجوز للحَكَم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة.(٣٥) (٣٦)

---

(٣٢) انظر: عبد الله بن محمد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المطبعة مجهولة، ١٤٢٠ه، ص٣٦.

(٣٣) أ بو الحسن علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ج ٢/ص ٣٨٠.

(٣٤) قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٢٩، وقد أورد أربعة وعشرين فرقاً بين القضاء والتحكيم نقلاً عن كتب الحنفية وغيرهم أنظر ص ٢٢٨-٣٣٢.

(٣٥) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة رقم (٩١) (٨/٩)، مجموعة قرارات مؤتمرات منظمة العالم الإسلامي، www.moqatel.com

أما الصلح فهو كما يراه ابن قدامة "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين".(٣٧) ويتفق الحُكم الصادر صلحا والحُكم الصادر تحكيما أن كلا منهما يستند إلى إرادة طرفي الخصومة، بمعنى أن حُكم المحكَّم والعمل التصالحي يتأثران بما يصيب العقد من عيوب وشوائب.(٣٨) أضف إلى ذلك أن كلاهما – التحكيم والصلح– يؤدي إلى حسم النزاع بين الأطراف، وبالتالي لا يجوز رفع دعوى جديدة أمام المحاكم بشأن أي مسألة صدر فيها حُكم محكَّم أو حُكم تصالحي.(٣٩)

أما أوجه الاختلاف فتتلخص في أن التحكيم ينتج عنه حكم قضائي، بخلاف الصلح فإنه ينتج عنه حُكم رضائي. كما أن الذي يحسم النزاع في التحكيم شخص ثالث من غير أطراف النزاع، بينما الذي يحسم النزاع في الصلح هم الأطراف أنفسهم.(٤٠)

أما الخبير(٤١) فلا يكلف بالفصل في موضوع النزاع، وإنما يطلب منه أن يبدي

(٣٦) انظر : قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٢٨-٣٢، السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص ١٢-١٤.، القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٧٦-٤٧٨.

(٣٧) ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ ص ٥٤٠، وعند الحنفية " عقد يرفع النزاع القائم بين الخصوم بالتراضي"، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٥/ص ٦٢٩.

(٣٨) أنظر: الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٥٧.

(٣٩) أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير عير منشورة في جامعة الخليل، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٤٠) نزيه حماد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦، ص ٩.، المصدر السابق، ص ٣٢.، السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص ١٤-١٥.

(٤١) الخبير هو الذي يملك خبرة معينة حول موضوع محدد، ويكلف بإبداء رأيه فيما يعرض عليه من مسائل معينة، قد تكون هندسية أو طبية أو تجارية أو حسابية .. الخ.



رأيه بناء على خبرته في الموضوع، إضافة إلى أن رأي الخبير ليس ملزما لأحد، وليس لرأيه أي قوة إلزامية، أما المُحكم فإن حكمه ملزما للطرفين.(٤٢)

٢. المبحث الثاني: عقد التَحكيم بين اللُّزوم والجَواز

متى يلزم التحكيم؟ في المسألة خلاف كبير، والجانب الأهم فيها: هل يلزم عقد التحكيم الطرفين بمجرّد انعقاده، أم بعد الشروع في التحكيم، أم بعد إصدار الحُكم؟ هل لا يحق لواحد من الطرفين فسخه إلا برضا الآخر؟ هل هو عقد جائز غير لازم يجوز لأي من الطرفين فسخه متى شاء؟

بعد الإطلاع والتمعن في آراء الفقهاء قديما وحديثا في هذه المسألة، وجدت أن الجواب يكمن في احتمالات أربعة:(٤٣)

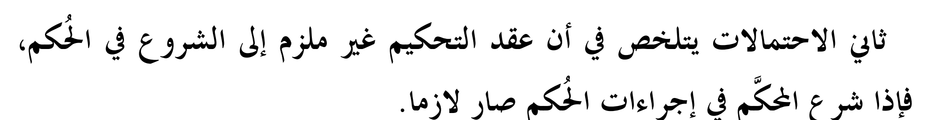
أولها أن عقد التحكيم جائز غير مُلزم حتى بعد صدور الحُكم ولا يكون لازما إلا بعد رضاء الطرفان بالحُكم الصادر.

---

(٤٢) ولمعرفة ما إذا كان اتفاق الخصوم اتفاقا على اللجوء إلى التحكيم أو الخبرة ، فإن معيار التفرقة هو مدى الصلاحيات الممنوحة للشخص المطروح عليه النزاع ، فإن كان الصلاحيات المخولة له ، الفصل في النزاع ، وإصدار قرار ملزم للطرفين ، فهو حكم والمسألة تحكيم ، وإن كانت تلك الصلاحيات لا تتجاوز إبداء الرأي في مسألة فنية للاسترشاد ، سواء أكان الرأي للمتنازعين أم لجهة أخرى،ولمن كتب إليه هذا التقرير العمل به أو تركه فهو رأي خبير فقط. زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٢-٤.، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٨.

ومن المفيد ذكره هنا أيضا أن التحكيم يختلف عن الفتوى في قوة الإلزام، إذ أن حكم المفتي لم يكن في يوم من الأيام ملزما على خلاف التحكيم والذي سيتضح معنا رجحان الرأي بإلزامه.

(٤٣) أنظر هذه الاحتمالات وتفصيلاتها في: القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٩٦-٥٠٠



ثاني الاحتمالات يتلخص في أن عقد التحكيم غير ملزم إلى الشروع في الحُكم، فإذا شرع المحكَّم في إجراءات الحُكم صار لازما.

أما ثالثها فيرى أن التحكيم لا يكون ملزما من حيث هو إلى أن يصدر الحُكم فحينئذ يصبح لازما.

والرأي الرابع يميل إلى أن عقد التحكيم يصبح لازما بمجرد انعقاده بالإيجاب والقبول إذا توفرت سائر الشروط.

١,٢. المطلب الأول: عقد التحكيم جائز غير ملزم حتى بعد صدور الحُكم

اختلف العلماء في هذه المسألة اختلافا واسعا فيما بين الشروع في التحكيم، وبين صدور الحكم، وكلما اتجهنا إلى ناحية الأمام، أعني ناحية إصدار الحكم، وجدنا الفقهاء يكثرون في إقرار اللزوم؛ وكلما اتجهنا إلى الوراء، أعني إلى ناحية بداية الاتفاق، وقبل الشروع في التحكيم، وجدنا الفقهاء الذين يذهبون إلى اللزوم يقلّون.(٤٤)

وقد نقل عن بعض الشافعية في أحد قوليهم الذهاب إلى الرأي الأول، وهو قولٌ ذكره الماوردي عن الشافعي –رضي الله عنه–، وذلك حينما ذَكر قولين له، أحدهما أنه لا يلزمهما الحُكم إطلاقا، فالخصمان كما كانا في الخيار قبل التحكيم، فهما في الخيار بعده، وهذا الذي رجحه الإمام المزني.(٤٥) وهؤلاء يرون أن المحَكِّمين لكل واحد منهما حق فسخ التحكيم والرجوع عنه قبل صدور الحُكم، بل تعدى الأمر عندهم إلى ما بعد صدوره، فلا بد من رضاهما، فلزوم التحكيم متعلق بالرضا. ويتضح من كلامهم أنهم قاسوا التحكيم على الفتيا، وأن الرضا معتبر في بداية

---

(٤٤) جواد النتشة، التحكيم بين الفقه والقانون، ص ٢٧.

(٤٥) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦/ص ٢٦٨-٢٦٩.



التحكيم وفي نهايته.(٤٦)

واستدلوا لرأيهم بأن التحكيم من الأمور الجائزة، فينفرد أحدهما بنقض التحكيم قبل الحُكم وبعده، كما ينفرد أحد العاقدان بنقض العقد وفسخه في المضاربة والشركة والوكالة وغيرها من العقود.(٤٧) وقالوا أيضا إن حُكم الحَكم لا يلزم إلا بالرضا، وهذا لا يكون إلا بعد المعرفة بحكمه.(٤٨) ونقل الماوردي أن إلزام حُكم الحكَم فيه افتئات على القاضي والإمام على درجة سواء.(٤٩)

والذي يظهر لي أن هذا رأي ضعيف لا ينهض أمام منطق الأدلة، فقد مرّ سابقا الفرق بين التحكيم والفتوى من حيث الإلزام وعدمه، وقياس الأول على الثاني قياس مع الفارق، ثم إن قياس النهاية على البداية قياس سقيم، فالطرفين قد التزما بما يراه الحَكَم ووافقا عليه ابتداءً، فكيف يُنتظر رأيهم إلى الانتهاء، ولو قلنا بذلك لأدى إلى عدم لزوم أي من العقود، والله سبحانه وتعالى يقول "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"،(٥٠) فأيما عقد نَشأ بتمام الرضا في بدايته لا يُشترط الرضا في نهايته.(٥١)

ويُرد عليهم أيضا أنه لا يوجد افتئات على القاضي ولا على الإمام، لأن سلطة المذكورَين متعدية تشمل السجن والضرب وتطبيق العقوبة، بينما سلطة المحَكَم

د. لؤي عزمي الغزاوي

(٤٦) ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٥٩-٦٠.

(٤٧) المصدر السابق، أنظر أيضا: القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٩٧.

(٤٨) ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ص ٥٤٠.

(٤٩) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢.

(٥٠) سورة المائدة، آية ١.

(٥١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١/ ص ٣١٨-٣١٩.



محصورة لا تتعدى ما توافق عليه الخصمان.(٥٢)

٢,٢. المطلب الثاني: عقد التحكيم غير مُلزم إلى الشروع في الحُكم

عقد التحكيم غير ملزم إلى الشروع في الحُكم، فإذا شرع المحكَّم في إجراءات الحُكم كإحضار البينات مثلاً، صار لازما، هذا ما ذهب إليه بعض المالكية(٥٣) والحنابلة(٥٤) في أحد قوليهم، قال الشربيني: "ويشترط استدامة الرضا إلى تمام الحكم".(٥٥) وهذا الرأي وجه عند الشافعية حكاه الإصطخري، وقد نقل الماوردي الشافعي ذلك في أدب القاضي فقال –يقصد الاصطخري– "إن خيارهما في التحكيم ينقطع بشروعه في الحُكم، فإذا شرع فيه صار لازما لهما، وإن كان قبل شروعه فيه موقوفا على خيارهما لأن خيارهما بعد الشروع في الحُكم مفض إلى أن لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رآى أحدهما توجه الحُكم عليه فيصير التحكيم لغوا".(٥٦) واستدلوا على رأيهم بأن الحُكم لم يتم بعد فهو أشبه بالرجوع قبل الشروع، وإذا لم يحصل الرضا حال الحُكم جاز الامتناع كقبل الشروع.(٥٧)

---

(٥٢) الدوري، عقد التحكيم، ص ١٦٤، القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٩٧، السرطاوي، التحكيم في الشريعة، ص ٥٩-٦٠.

(٥٣) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، ج ٥/ص ١٤٥، الدردير، الشرح الكبير، ج ٤/ص١٤١. أنظر أيضا: الدوري، عقد التحكيم، ص١٤٧-١٥٠.

(٥٤) ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ص ٥٤٠، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ج ١١/ص ١٨٧-١٨٨.

(٥٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦/ص ٢٦٨.

(٥٦) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٣.

(٥٧) ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ص ٥٤٠، علي بن سليمان المرداوي ، الإنصاف، ج١١/ص١٨٧-١٨٨ ، الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٣.



وقد أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، وهذا نصه "التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحَكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه".(٥٨)

وقد علق الدوري على هذا الرأي واعتبر أن رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن التحكيم –قبل صدوره– هو أمر اجتهادي مبني على إرادة تحقيق مصالح المتخاصمين في القضايا المتنازع بها، فلا ينبغي أن تبقى معلقة.(٥٩)

وسيظهر معنا لاحقا أن هذا الرأي الذي صحّحه المرداوي وحكاه الإصطخري، قريب جدا من الاحتمال الرابع، –والذي يميل إلى أن عقد التحكيم يصبح لازما بمجرد انعقاده بالإيجاب والقبول إذا توفرت سائر الشروط– رغم عدم قول المرداوي والوجه المذكور عند الشافعية باللزوم بمجرد الانعقاد.(٦٠)

٣,٢. المطلب الثالث: عقد التحكيم لا يكون ملزما إلى أن يصدر الحُكم فحينئذ يصبح لازما.

الاحتمالات الثالث والذي يذهب إلى أن التحكيم لا يكون ملزما من حيث هو

(٥٨) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، تنسيق وتعليق د. عبد الستار أبو غدة دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، قرار رقم ٩١ (٨/٩)، ٢٠٧.

(٥٩) الدوري، عقد التحكيم، ص١٥٥.

(٦٠) سيظهر هذا جليا عند طرح رأي ابن الماجشون من المالكية، أنظر ص 24.

إلى أن يصدر الحُكم فحينئذ يصبح لازما، فقد ذهب إليه فقهاء الحنفية(٦١) والشافعية(٦٢) وبعض المالكية(٦٣) والحنابلة(٦٤) في أظهر أقوالهم. قال الخصاف الحنفي: "وإذا حكَّم الرجلان بينهما حَكَما، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك، ويَخرُجُ المُحَكَّمُ مما كانا جَعَلا إليه من أمرهما، ما لم يُمْضِ الحُكمَ عليهما"،(٦٥) وفي حاشية ابن عابدين: "إذا حَكم لزمهما حكمُه"،(٦٦) وقال الشربيني: "ويُشترط استدامة الرضا إلى تمام الحُكم".(٦٧) وقال الماوَردي في أدب القاضي فيما يصير الحُكم لازماً: "وفيه للشافعي قولان نص عليهما في اختلاف العراقيين، أحدهما أنه لا يلزمهما الحُكم إلا بالتزامه بعد الحُكم كالفتيا، لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء".(٦٨) فإذا صدر حُكم الحَكَم مستوفيا لشروطه صار ملزما لأطراف النزاع ويجب تنفيذه، وذلك لأن الحكم بالنسبة للخصوم بمنزلة القاضي، فكما أن حكم القاضي يكون ملزما فكذا حُكم الحَكَم. فالقول بعدم الإلزام للحُكم يؤدي إلى القول بعدم الفائدة من مشروعية التحكيم في

(٦١) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج ٤/ص ١٩٤، محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣، ج ١٦/ص ٧٣.

(٦٢) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢، ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٦٠.

(٦٣)الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤/ص ١٣٤-١٣٣ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ج ٢/ص ٧٠٦-٧٠٧،.

(٦٤) ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ص ٥٤٠، المرداوي ، الإنصاف، ج١١/ص١٨٧-١٨٨.

(٦٥) الخصاف الحنفي، شرح أدب القاضي، ، مطبوع مع كتاب شرح أدب القاضي لمؤلفه حسام الدين عمر بن مازة الحنفي (الصدر الشهيد)، تحقيق محيي هلال السرحان، الدار العربية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨ ج ٤/ص ٥٨.

(٦٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥/ص ٤٢٩.

(٦٧) الشربيني، مغني المحتاج، دالر الكتب العلمية،ج ٦/ص ٢٦٨.

(٦٨) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢



الجملة، ويصبح التحكيم سبيلا من سبل المماطلة وإضاعة الوقت والجهد، ولأن الصلح بين الخصوم بعد تمامه وقبوله يكون ملزما كذلك التحكيم لأنه أعلى مرتبة منه.(٦٩) واستدل الماوردي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم "من حَكَم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل بينهما، فعليه لعنة الله.(٧٠) فالوعيد في حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم دليل على لزوم الحُكم بما أبداه.(٧١) ولقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود".(٧٢)

ما ذُكر سابقا يفيد بأن غالبية الفقهاء لا يُلزمون بالتحكيم إلا بعد صدور الحُكم، وأما قبله فلا. هذا، وحجة هؤلاء الذين لا يُلزمون بالعقد لمجرّد حصوله، هو أنه عقد وكالة، فلا لزوم فيها، إذ لكل وكيل صلاحية الرجوع عما أوكل به غيره ما دام الوكيل لم ينفذ المهمة الموكلة إليه، وهي حجة مخالفة للمقصد من عقد التحكيم، ألا وهو فضّ المنازعات، وينشأ عن هذا القول عدم فضّ كثير من المنازعات، كما أن قياس التحكيم على الوكالة قياس مع الفارق، لأن الوكيل نائب عن الذي وكله، فيكون للأول الحق في الاستغناء عن الثاني، كما أن الوكيل قد وُكِّل بإرادة مفردة

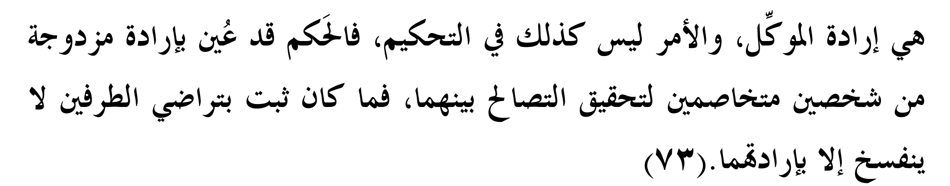
---

(٦٩) أنظر: الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢-٣٨٣، ابن قدامة، المغني، ج ١٣/ص ٥٤٠، ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٦٠، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦/ص ٢٦٨-٢٦٩، السرخسي، المبسوط، ج ١٦/ص ٧٣. وانظر المناقشة في السرطاوي، التحكيم، ص ٥٩.

(٧٠) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق عادل عبد الموجود ومحمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ج ٤/ص ٤٥٢، نقل الحافظ أنه هذا الحديث قد رواه ابن الجوزي في الموضوعات من نسخة وصفها بالبطلان، ولم يعقب الحافظ على ذلك مما دلّ على رضاه بالحُكم.

(٧١) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٢. أنظر الأدلة بتفصيل وإسهاب في: الدوري، عقد التحكيم، ص ١٥٨- ١٦٣، عبد الله آل خنين، التحكيم في الشريعة، ١٤٤-١٤٥.

(٧٢) سورة المائدة، آية ١.



هي إرادة الموكِّل، والأمر ليس كذلك في التحكيم، فالحَكم قد عُين بإرادة مزدوجة من شخصين متخاصمين لتحقيق التصالح بينهما، فما كان ثبت بتراضي الطرفين لا ينفسخ إلا بإرادهما.(٧٣)

وهذا القول هو الذي ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ١٨٨٤: "كما أن حُكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حُكم المُحَكّمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حث من حَكَمَهُم، وفي الخصوص الذي حَكموا به. فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قَبول حُكم المُحَكمين بعد حُكم المُحَكمين حُكما موافقا لأصول الشريعة".(٧٤)

والقول بأن التحكيم غير ملزم إلا بعد صدور قرار الحَكَم، هو ما أخذ به المحَكَّمون الشرعيون في التحكيم الجاري في عرف بلادنا، كما ذكر ذلك الدكتور حافظ محمد الجعبري، أحد خبراء التحكيم في مدينة الخليل.(٧٥)

وقد مال إلى هذا الرأي كثير من العلماء المعاصرين منهم على سبيل المثال لا الحصر: الدكتور عبد الكريم زيدان، والدكتور عبد الله آل خنين – القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض– والدكتور محمود السرطاوي وغيرهم، وهؤلاء يرون أنه إذا أبى أحد المحكِّمين الحُكم الذي أصدره المحكَّم، رُفع الأمر إلى القاضي وألزمه به، وجاز لصاحب الحق أن يطلب من المحكَّم أن يكتب كتابا للقاضي بالحكم الذي أصدره، وعلى القاضي أن يقبل هذا الحكم، ويَحكم به، لأن المحكَّم كالقاضي.(٧٦)

---

(٧٣) القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٤٩٨-٤٩٩.

(٧٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨٨٤.

(٧٥) مقابلة شخصية أجريت في مكتبه في كلية الشريعة، جامعة الخليل، ٢٠٠٨/٢/٥.

(٧٦) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ٢٩٧، عبد الله آل خنين، التحكيم في الشريعة، ١٤٤-١٤٥، السرطاوي، التحكيم، ص ٥٩. وهذا الذي بفهم من كلام الدكتور زيد



وفي قانون التحكيم الفلسطيني، المادة السابعة والأربعين، أن "لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة، القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم، ويتمّ تنفيذه بالصورة التي ينفّذ فيها أي حُكم صادر عن المحكمة وفقا للأصول المرعية"، وهذا يعني أن قرار المحكَّمين ملزم حسب القانون الفلسطيني، غير أنه يكون ملزما، إذا صدّقت عليه المحكمة المختصة.(٧٧)

٤,٢. المطلب الرابع: عقد التَّحكيم يصبح لازما بمجرد انعقاده

بقي لنا مناقشة الاحتمال الرابع وهو أن التحكيم يصبح لازما للمتحاكمين بعد موافقتهما على ذلك إذا توفرت سائر الشروط، وليس لواحد منهما حق الرجوع وحده وفسخ عقد التحكيم إلا بموافقة الطرف الآخر. هذا ما رآه ابن الماجشون من المالكية، نقل ذلك صاحب المنتقى فقال –يقصد ابن الماجشون– "ليس لأحدهما أن يبدو له، كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة، وحُكمه لازم

عبد الكريم الزيد في بحثه مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، www.moj.gov.sa/documentations/tahkeem ص ١٠-١١.

(٧٧) قانون التحكيم الفلسطيني، موقع جوريسبيديا القانون المشارك،. www.ar.jurispedia.org

هذا وقد نصت المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات المدنية بالإمارات العربية المتحدة (الباب الثالث) المتعلق بالتحكيم: ١– لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم والتثبت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه وتختص هذه المحكمة تصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناءً على طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام.

٢– ويختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين. أنظر: الشبكة القانونية العربية– فرع القانون، التحكيم وطرق التقاضي البديلة Arab Law Net- Law Subject www.arablaw.org

لهما، كحُكم السلطان لمن أحب منهما أو كره..".(٧٨)

والذي يبدو لي صحة هذا القول، وهو قول ابن الماجشون المالكي كما تقدّم، وقريب منه قول للحنابلة، صححه المرداوي، ومضى ذِكره. ذلك أن العقد يكون بلا معنى إذا لم يَحْظَ باللزوم لمجرّد الاتفاق عليه، وقد يتبين لأحد الفريقين أن التحكيم متّجه إلى الحُكم عليه، فإذا أخذنا بقول الجمهور إنه غير لازم إلا بعد إصدار الحكم، فإن كل من يُحسّ أن التحكيم لغير صالحه، سيهرب إلى عدم الالتزام، بحجة من يقول بعدم لزومه، استباقا لظهور الحُكم.(٧٩) أضف إلى ذلك أن التحكيم نوع من أنواع الولاية الخاصة بالحُكم بين الخصمين اللذيْن أوجب كل واحد منهما حقا للآخر في الفصل في المنازعة، فكيف إذا يصح له الرجوع بدون رضا الطرف الآخر.

هذا وقد بدا واضحا اليوم أن كثيرا من العقود تشترط التحكيم حال الخلاف في تنفيذها، والقول بعدم لزومية التحكيم يؤدي إلى خلخلة التعاقد وعبثية الاشتراط مع كونها لا تخالف كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه صلى الله عليه وسلم.(٨٠)

كما أنه لا يُسلم لمن أجاز الرجوع قبل صدور الحُكم، فهل ثمّة فرق بين الرجوع قبله وبين الرجوع بعده، أوليس الرجوعان يجعلان التحكيم عملا لا معنى له، فكلاهما يمنحان أحد الخصمين حقّ إفراغ التحكيم من معناه، برجوعه عنه، فيكون لغوا؟

مما سبق بيانه، يتضح من مجموع النقول والآراء أن المذاهب الفقهية تكاد تتفق –

(٧٨) سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، ج ٥/ص ٢٢٧.

(٧٩) جواد النتشة، التحكيم بين الفقه والقانون والعرف، ص ٢٨

(٨٠) يُنظر في ترجيح هذا القول: القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتابه بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ٤٩٩–٥٠٠، عبد الله آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص ١٤٥.



في المعتمد عندها–، على عدم جواز الرجوع عن التحكيم بعد صدور الحُكم؛ وتتفق أيضا على جواز الرجوع عن التحكيم قبل صدور الحُكم، على تفاوت بينهم فيما لو شرع المحكّم في التحكيم غير أنه لم يُصدر الحُكم.

٣. المبحث الثالث: حُجية حُكْم الحَكَم أمام القاضي

هذه مسألة فرعية متممة لمسألة صلاحية ولزوم عقد التحكيم في الفقه الإسلامي. فهل يَنقضُ القاضي حُكمَ المحكَّم بعد إبرامه؟ يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن حكم الحَكَم بمنزلة حُكم القاضي المعين من قبل الدولة: لا يُنقض حُكمه،[٨١] جاء في المدونة: "ولقد سئل مالك عن رجلين حَكَّما بينهما رجلا فحَكَم بينهما. قال: قال مالك: أرى للقاضي أن يمضي قضاءه بينهما، ولا يرده إلا أن يكون جورا بينا".[٨٢] وعلى هذا القول، لا يصح للمتخاصمين طلب نقض قرار التحكيم إلا بناء على سبب يوجب النقض، بل يجب على القاضي المعين تنفيذه ما دام موافقا لأصول الشرع، ولا يخالف نصا أو إجماعا وإن لم يوافق رأي الحَكَم رأي القاضي، وعليه أن يتعامل مع قرار التحكيم كالحُكم الصادر من المعينين أنفسهم.[٨٣]

وبرأي الجمهور أخذ مجمع الفقه الإسلامي في جدة، ففي دورة مؤتمره التاسع المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٩٥ نص على ما يلي:"الأصل أن يتم تنفيذ حُكم المُحكم طواعية، فإن أبى أحد المُحتكمين، عُرض الأمر على القضاء

---

(٨١) الأصبحي، المدونة، ج ٥/ص ١٤٥، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦/ص ٢٦٩، الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٣.

(٨٢) الأصبحي، المدونة، ج ٥/ص ١٤٥.

(٨٣) السرطاوي، التحكيم، ص ٦٠، عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ٢٥١.

لتنفيذه، وليس للقاضي نقضه، ما لم يكن جورا بينا، أو مخالفا لحكم الشرع".[٨٤]

أما الحنفية[٨٥] – في المعتمد عندهم– فقد كان لهم رأي آخر، إذ أنهم منحوا القاضي سلطة نقض قرار التحكيم إن خالف اجتهاده، أما إذا وافق اجتهاده فيمضيه، ويصبح بعد إمضاء القاضي له كالحُكم الصادر من القاضي نفسه لا يحق لقاض آخر نقضه. قال الخصاف الحنفي: لكن ينبغي للقاضي إذا رفع إليه حكم هذا المحَكَّم أن ينظر فيه: فإن كان موافقا لرأيه وللحق عنده أمضاه، وإن كان مخالفا لرأيه وللحق عنده ردّه"،[٨٦] أي أبطله، وعلّل ابن الهمام من الحنفية ذلك بأن حكم المحكَّم لا يرفع خلافا، لقصور ولايته، بخلاف ولاية القاضي،[٨٧] وبعضهم يعلّل بأن ولاية المحكَّمِ قاصرة، وأما ولاية القاضي فعامة على المحكَّم ومن احتكم إليه، قال ابن الهمام "ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له، بخلاف المولييْن له إنما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حُكمه القاضي لأنه لم يحكِّمه".(٨٨)

ولا يخفى رجحان قول الجمهور، ذلك أن قول الحنفية يجعل من التحكيم عملا دونما فائدة، ودونما أثر على النزاع بين المتخاصمين، فلا معنى من القول بلزوم الحُكم

(٨٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ٩١ (٩/٨)، ٢٠٧.

(٨٥) الخصاف، شرح أدب القاضي، مع شرحه لابن مازة الحنفي ج ٤/ص ٦٠.

(٨٦) الخصاف أدب القاضي، مع شرحه لابن مازة الحنفي، ٤ ج/ص ٦٠.

(٨٧) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، ج ٧/ص ٣١٧، برهان الدين علي المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع كتاب العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد البابرتي ، عناية ابو محروس بن محروس، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٤/ص ١٩٤

(٨٨) المصدر السابق، ج ٧/ص ٣١٧. قال ابن مازة من الحنفية: "فكان قضاؤه حجةً في حق الكل، فلا يكون لهذا القاضي أن يردّه إذا كان صادف القضاء محلّه، وهو الفصل المجتهَد فيه". الخصاف الحنفي، شرح أدب القاضي، أصل الكتاب للخصاف، وشرحه ابن مازة الحنفي، ج ٤/ص ٦١.



للمُتحاكميْن وعدم تنفيذ القاضي له، وإن هذا القول يجعل مثل هذا العقد عبثا يمنع الشرعُ من الشروع في مثله، رغم أن هذا العقد ما وُضع إلا لفائدته المبتغاة، وهي فضّ النزاع بين المتخاصمين.(٨٩)

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها الدولة العثمانية بقريب من هذا الذي قرّره الحنفية، فقد نصّت المادة ١٨٤٩ على أنه "إذا عُرض حكم المحكَّم على الحاكم المنصوب من قِبَل السلطان، صدّقه إن كان موافقا للأصول، وإلا نقضَه".(٩٠) والملاحظ في هذه المسألة من وجهة النظر القانونية أن كثيرا من القوانين العربية منحت التحكيم صفة الإلزام، مع التأكيد أن التحكيم لا يلغي دور القضاء ولا يمس بصلاحياته، إلا أنه يمنع النظر في الدعوى ما دام التحكيم قائما.(٩١)

من الأمثلة على ذلك القانون الفلسطيني في المادة ٤٣ من قانون التحكيم، فقد اشترط لجواز الطعن بالقرار التحكيمي شروطا منها:

١. إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصهاً وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً.

٢. إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم.

٣. مخالفته للنظام العام في فلسطين.

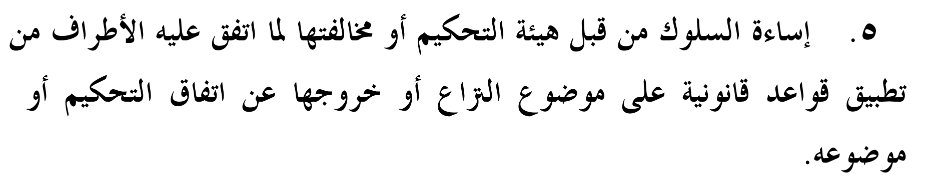
٤. بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته.

---

(٨٩) القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتاب بحوث في فقه البنوك الإسلامية،ص ٥٠٤، السرطاوي، التحكيم، ص ٦١.

(٩٠) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٤٩.

(٩١) القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتاب بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٥٠٤.



٥. إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه.

٦. إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

٧. إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع.(٩٢)

أما بالنسبة للعُرف الجاري في بلادنا فإنه لا يقبل مثل هذا النقض، ويصر المحكَّمون على كون التحكيم إلزاميا دون الإذن أصلا بعرضه على محكمة أخرى، أو قاض آخر، على أي مستوى. وفي مقابلة شخصية مع الدكتور حافظ الجعبري – أحد خبراء التحكيم في مدينة الخليل–، أكّد على إلزامية التحكيم فقال: " الحُكْم الصادر من المحَكّم يعتبر شرعيا وملزما ونهائيا وغير قابل للرد أو الطعن أو العرض على آخرين شرعيين أو غير شرعيين وليس لأي منهما استئناف القضية مرّة أخرى عند أية جهة شرعية أو قانونية أو عشائرية أو عرفية، ويوقّع الطرفان على ما ورد في صك التحكيم مع تعيين كفيلين لتنفيذ ما يصدر من المُحكَّم".(٩٣) ثم أضاف قائلا: "أما إذا صدر عن المحكَّم الشرعي قرار مخالف لنص قطعي من قرآن أو سنة أو إجماع أو قياس معتبر شرعا، فأنه لا يكون ملزما للمتخاصميْن ولا للقضاء، ويجوز رده والاستئناف عليه والطعن فيه".(٩٤)

(٩٢) جوريسبيديا القانون المشارك، نصوص قانون التحكيم الفلسطيني، المادة ٤٣. www. ar.jurispedia.org وقريب من ذلك كان موقف القانون الإماراتي والقطري والسعودي والبحريني، انظر: موقع بوابة فلسطين القضائية، www.pal-lp.org/library القره دهاغي، المبادئ العامة للتحكيم، في كتاب بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص ٥٠٧–٥٠٨.

(٩٣) مقابلة شخصية مع الدكتور حافظ الجعبري في مكتبه في جامعة الخليل، ٢٠٠٨/٢/٧.

والاستئناف عليه والطعن فيه".(٩٤)

٤ . المبحث الرابع: لزوم الحُكم الصّادر من مُحَكّمين أو أكثر

مسألة أخيرة متعلقة بلزوم حُكم التحكيم، وهي فيما إذا كان المُحَكَّم متعددا. يظهر للباحث في هذه المسألة أنه لا يوجد فيها نص ملزم، وإنما هي من مسائل الرأي والاجتهاد. فقد أجاز الحنفية(٩٥) والمالكية(٩٦) والشافعية(٩٧) أن يكون المُحَكّم متعددا، إلا أنه لا بد من اجتماعهما حتى يكون الحُكم لازما للطرفين، فلو

(٩٤) المصدر السابق.

(٩٥) ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٦٨.

(٩٦) الباجي، المنتقى، ج ٥/ص ٢٢٧.

(٩٧) الماوردي، أدب القاضي، ج ٢/ص ٣٨٥.



حَكَم أحدهما أو اختلفا لم يجُز ذلك.(٩٨)

وقد ذكر ابن مازة الحنفي العلة في ذلك معتبرا أن: "المُحَكِّمين رضيا برأيهما، والرضا برأي الْمُثنى لا يكون رضا برأي الواحد"،(٩٩) كما أن التحكيم أمر يحتاج فيه إلى الرأي والمشورة، كالإمام إذا فوض القضاء إلى اثنين فلا ينفرد أحدهما به فكذا التَحكيم.(١٠٠) وهذا نظر صحيح لو كان الخصمان اشترطا أن يجتمع الحَكمان على حكمٍ واحد، فأما إذا لم ينصّا على ذلك، ففي الأمر سعةٌ في تقديري؛ غير أن هذه السَعة لا تكفي لحسم القضية محِل الخلاف، فإن قول أحدهما إذا اختلفا ليس بأولى من قول الآخر، فوجب النظر إلى شيء يرجّح قول أحدهما، ولا بأس في تقديري أن يكون هذا المرجّح أحد اثنين: إما أن يكون حَكَما ثالثا، أي أن يكون عدد المحكَّمين ثلاثة؛ شريطة أن يكوم أكثر علما أو مساويا لهم في العلم الشرعي، وإما أن يكون حَكما مرجّحا من سوى الحَكمين أصلا، يدخل بينهما لأجل ترجيح كفة على أخرى، بالاجتهاد الشرعي،(١٠١) ولهذا السبب نصت غالب قوانين التحكيم في العالم العربي على وجوب أن يكون عدد المحكّمين وترا.(١٠٢)

فتعليق المسألة على الرضا –كما قال ابن مازة–(١٠٣) يشير إلى جواز تضمين نص في صك التحكيم يقضي بالتزام كل من الطرفين برأي الأغلبية إذا كانوا ثلاثة

---

(٩٨) أنظر المسألة بالتفصيل في: الدوري، عقد التحكيم، ص ١٨٣–١٩٥.

(٩٩) ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٦٨.

(١٠٠) الباجي، المنتقى، ج ٥/ص ٢٢٧.

(١٠١) جواد النتشة، التحكيم بين الشرع والقانون والعرف، ص ٣٠–٣١، الدوري، عقد التحكيم، ص ١٩٣.

(١٠٢) الدوري، عقد التحكيم، ص ١٩٠.

(١٠٣) ابن مازة، شرح أدب القاضي، ج ٤/ص ٦٨.

فأكثر، أما إذا اختلف الحَكَمان فلا بد من ابتداء حَكَم آخر ، ويُعاد الحُكم ثانيةً وثالثةً حتى يقع الاجتماع على رأي لا خلاف فيه.(١٠٤) أما مسألة الأغلبية، فهي غير بعيدة من المفاهيم الإسلامية، فقصة مجلس الشورى الذي عقده عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– حينما طُعن، وتعيينه عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما– مرجّحا، تستشرف احتمال الاختلاف، وترشد في ذات الوقت إلى اعتبار الأغلبية في قرار التحكيم، وهذا الرأي محض اجتهاد، إذ لم يرَ الباحث فقيهاً واحدا أخذ برأي الأغلبية.

أما مجلة الأحكام العدلية، فقد رأت جواز تعدد المُحَكّمين في القضية الواحدة مع التأكيد على ضرورة اتفاقهم على الحُكم الصادر في حق المتخاصمين، كما أضافت المجلة بأنه بإمكان المُحَكّمين إضافة محَكّم آخر إذا أذن لهم أصالة بالتحكيم. فقد نصت المادة ١٨٤٣ من قانون المجلة: "يجوز تعدد المُحكم يعني يجوز نصب حَكَمين أو أكثر لخصوص واحد ويجوز أن ينصّب كل من المدعي والمدعى عليه حَكَما". أما المادة ١٨٤٤ فذكرت: "إذا تعدد المحَكَمون على ما ذُكر آنفا يلزم اتفاق رأي كلّهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده".(١٠٥)

أما بالنسبة للعُرف التحكيمي في فلسطين، فقد ذكر الدكتور الجعبري "أن اختلاف المُحَكَّمين ليست من المسائل الشائعة في العرف التحكيمي، لأن منطلقهم في التحكيم هو شرع الله فلا يتصور أن يختلفا على ذلك، وعلى فرض حدوث الاختلاف، فالحل يكمن في أحد أمرين، إما أن يتنازلا عن القضية كلها وترد إلى

الدوري، عقد التحكيم، ص ١٩٣.(١٠٤)

(١٠٥) مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨٤٣ و ١٨٤٤. اعتمد هذا الرأي أيضا قانون التحكيم الفلسطيني في المادة ٣٨ فقرة ٤ ونظام التحكيم السعودي في المادة ١٦ من قانون التحكيم وغيره الكثير من قوانين التحكيم في الوطن العربي.

غيرهما، وإما أن يُستدعى مُحكَّماً ثالثا يسمى "مميزاً" ليستصوب أحد الرأيين على الآخر، حينئذ يؤخذ برأي الأغلبية".(١٠٦)

الخـــــــاتمة

خَلص الباحث إلى النتائج التالية:

١- التحكيم عند الفقهاء هو تولية الخصمين حاكماً يحكُم بينهما بحُكمٍ ملزم.

٢- التحكيم عند القانونيين هو حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع على واحد أو أكثر من المحكَّمين ليفصلوا في النزاع بدلاً من القضاء المختص.

٣- معنى التحكيم فقهيا وقانونيا جد متقارب، فالمعنى الفقهي أحكَم منطقا وأدق تَصَورا، والمعنى القانوني أوضح تصويرا وتعبيرا.

٤- التحكيم أحد أهم الطرق البديلة لفض المنازعات، فهو أقل تكلفة وأخصر وقتاً وأسرع نتيجة.

٥- اعتمد القانون الفلسطيني وتعارف الناس في فلسطين على اعتماد التحكيم طريقاً إلى فضّ المنازعات، وهما يتفقان في كثير من بنودهما مع الشرع.

---

(١٠٦) مقابلة شخصية مع الدكتور حافظ الجعبري في مكتبه في جامعة الخليل، ٢٠٠٨/٢/٧.



٦- يلزم عقد التحكيم بعد صدور القرار عند الجمهور، ويلزم عند ابن الماجشون من المالكية بمجرد اتفاق الطرفين، وهو ما رجحه الباحث. وللشافعي قولان في المسألة، المرجوح منهما عدم لزوم التحكيم مطلقا، والراجح من قوليه لزوم عقد التحكيم بعد صدور القرار.

٧- ترجح للباحث عدم جواز نقض القاضي لحُكم المحكَّم، وإن خالف اجتهاد ذلك القاضي.

٨- ترجح للباحث اعتبار حُكم أغلبية المحكَّمين في إصدار القرار، رغم نصّ كثير من العلماء على اعتبار الإجماع بينهم.

ويوصي الباحث: بمزيد من البحوث في مسألة لزوم حُكم التحكيم بين الفقه والقانون، ووضع المزيد من الضوابط لها، بشرط ألا يكون شيء من هذه الضوابط يخالف الشرع.



المراجـــــع

إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحُكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تخريج وتعليق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.

أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، مكتبة الخانجي، مصر، ١٤٠٢.

أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢.

أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط.٢، ١٩٧٤.

أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق عادل عبد الموجود ومحمد معوض، دار الكتب العلمية، بييروت، ١٩٩٨.

أحمد الدردير، الشرح الكبير على متن خليل مع حاشية الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ت).

أبو إسحاق الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، ، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦م.

أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت).

أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير عير منشورة في جامعة الخليل، ٢٠٠٧.

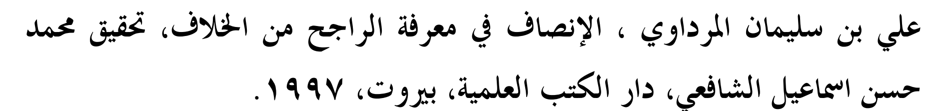
حسن النيداني االأنصاري ، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.

بوابة فلسطين القضائية، www.pal-lp.org/library

جواد بحر النتشة، التحكيم بين الشرع والقانون والعرف، بحث غير منشور، كلية



الدراسات العليا، جامعة الخليل، كانون الأول، ٢٠٠٧.
جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٨٠.
حسام الدين عمر بن عبد العزيز ، الشهير بابن مازه، شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق محيي هلال السرحان، الدار العربية للطباعة، ١٩٧٨.
الحسين بن محمد المشهور بالراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق رضوان عدنان داودي، دار القلم، دمشق، ١٩٩٢.
زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، ١٤٢٤هـ. www.moj.gov.sa/documentations/tahkeem
زين الدين بن نجيم الحنفي البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، (د.ت).
محمود السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر ، عمان، ٢٠٠٧.
سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
الشبكة القانونية العربية– فرع القانون، التحكيم وطرق التقاضي البديلة Arab Law www.arablaw.org - Law Subject
عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ١٩١٨.
عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧.
عبد الله بن محمد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المطبعة مجهولة، ١٤٢٠ه.
علاء الدين بن محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.
علي حيدر، درر الحُكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل.



علي بن سليمان المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

علي محيي الدين القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي وكيفية التحكيم في البنوك الإسلامية، (العقبات والاقتراحات)، بحث في كتاب بحوث ي فقه البنوك الإسلامية، دراسة فقهية اقتصادية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٦٧.

قانون التحكيم الفلسطيني، www.ar.jurispedia.org

قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨.

كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير، دار الفكر.

مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية.

محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د.ت).

محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، عناية أبو محروس بن محروس، دار الكتب العلمية، بيروت.

مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم، ٢٠٠٤.

محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، ردّ المحتار على الدر المختار، الشهير بحاشية ابن عابدين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ط٢، ١٩٦٦



محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٩.

محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت).

محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣.

محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الحكيم بن محمد، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد هاشم البرهاني، دولة الإمارات: وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، ١٤٠١.

مختارات من جامع الفقه الإسلامي، قرص مدمج، شركة حرف لتقنية المعلومات، القاهرة، ١٩٩٩.

مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٨.

مقابلة شخصية موثقة مع الدكتور حافظ محمد الجعبري، أحد خبراء التحكيم الشرعي في مدينة الخليل.

الموسوعة الفقهية، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣.

موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني ، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤.

موقع نولو للإستشارات القانونية، www.nolo.com

نزيه حماد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦.



نظام التحكيم السعودي، نشره موقع مجموعة عرب للقانون /www.arablaw.org

يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٥م.

